

La copie privée en perspective

©AG Avocats 2001

1. L'on ne peut appréhender ni a fortiori résoudre la problématique de la copie privée sans poser la question des fondements et de l'objet de notre droit de la propriété littéraire et artistique, sa « nature » pour reprendre le chapitre premier du titre I de notre Code de la propriété intellectuelle.

Au moyen âge, Dieu jouit d'un monopole en fait de création.

Sous l'ancien régime, l'auteur négocie son œuvre avec un « libraire » qui l'acquiert en pleine propriété. Le libraire peut ensuite, soit solliciter du chancelier royal le droit exclusif de publier : le privilège, accordé après enquête d'un censeur royal ; soit bénéficier simplement d'une « permission tacite » du pouvoir royal, sans exclusivité. Les permissions tacites comme les privilèges figurent aux termes d'une liste officielle.

DIDEROT, dans sa Lettre sur le commerce de Librairie (juin 1767) défend le privilège absolu et perpétuel des « libraires » (éditeurs) afin de lutter contre la contrefaçon notamment des libraires de province ou de l'étranger. C'est la préoccupation majeure du Philosophe et sa justification de la cession perpétuelle et absolue de l'œuvre. Notons que le monopole qu'il revendique pour l'éditeur n'intéresse pas le profit pécuniaire de l'auteur mais la garantie de l'intégrité de son œuvre : la transmission matérielle du manuscrit de l'œuvre, la cession exclusive et perpétuelle de cette œuvre avec le manuscrit, garantissent l'intégrité de l'œuvre.

L'objet matériel du manuscrit n'est pas dissocié d'une propriété intellectuelle sur l'œuvre. Au contraire, il l'incorpore pleinement et par conséquent permet de garantir l'intégrité de l'œuvre.

La sécurité juridique du « libraire » devait assurer une bonne valeur économique à l'œuvre acquise et aussi permettre de garantir la valeur littéraire et artistique de l'œuvre. Puisque l'auteur cédait un manuscrit à un libraire jouissant d'une propriété unique et exclusive : toute autre édition pouvait être réputée contrefaisante.

Dans ce même texte, DIDEROT conteste un arrêt du Conseil du Roi du 14 septembre 1761 qui reconnaît aux héritiers de Jean de la FONTAINE un droit sur ses Fables contre et au grand dam de la maison BARBIN, libraire, détentrice initiale du privilège, et au grand scandale de la Compagnie des libraires.

DIDEROT craint les conséquences de cette décision qui permet de multiplier les éditions et par conséquent les risques de dénaturation des œuvres.

C'est une première rupture de la propriété littéraire avec le droit des biens matériels. Un même arrêt sera rendu au bénéfice des héritiers de Fénelon en 1777.

Le professeur P.Y GAUTIER (Propriété Littéraire et artistique – PUF – 2è éd. page 19) précise et constate « *Louis XVI rendra en 1777 et 1778 des « arrêts résumant la situation, à la veille de la Révolution : le privilège est un monopole temporaire, plus rarement perpétuel, octroyé aux auteurs et subsidiairement à leurs éditeurs, afin que chacun soit récompensé de son travail.* »

DIDEROT considérait la propriété de l'auteur sur son œuvre comme une propriété réelle susceptible d'aliénation à l'instar de tout autre bien réel. L'éditeur (le libraire) devait ainsi pouvoir acquérir en toute sécurité le bien de l'auteur dans l'intérêt bien compris des deux parties : moral et matériel pour l'auteur, matériel pour l'éditeur.

2. La première loi révolutionnaire sur la propriété littéraire des 13-19 janvier 1791 relative aux spectacles conciliait la liberté de représentation et le droit des auteurs : intelligemment et habilement, à la fois elle consacrait la liberté des théâtres publics, à la fois elle soumettait la représentation des

œuvres à l'autorisation expresse et préalable des auteurs vivants et de leurs ayants droit pendant le cours de cinq années postérieurement au décès.

La seconde loi révolutionnaire des 19-24 juillet 1793 relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et dessinateurs, consacrait d'abord le droit des auteurs de « *vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République* (...) », mais pour autant qu'elles fussent déposées à la Bibliothèque nationale ou au cabinet des Estampes, pendant leur vie entière et dix années postérieurement à leur décès pour leurs héritiers ou cessionnaires.

Elle consacrait parallèlement le droit exclusif des libraires ou éditeurs, cessionnaires, en propriété viagère plus dix années, des œuvres des auteurs, et organisait la poursuite de la contrefaçon par reproduction ou par simple débit.

Notons que ces deux lois consacrent le droit d'accès du public aux œuvres : elles organisent d'abord l'économie de la création des œuvres et de leur exploitation entre les deux catégories d'ayants droit (auteur / théâtre ou auteur / éditeur) au cours de la vie de l'auteur plus une brève période postérieure. Partant, elles promeuvent la création et assurent l'intégrité des œuvres, dans l'intérêt bien compris du public. Le créateur disparu, les œuvres sont rapidement laissées à la disposition du public. La propriété du créateur est très intimement liée à sa personne et semble n'avoir de sens qu'en tant qu'elle intéresse le public.

Le rapporteur du projet de loi en 1793, Le Chapelier, insistait bien dès cette époque sur la nature « *toute particulière* » de cette propriété, intimement liée à la personne de l'auteur.

Puis la propriété littéraire s'est développée et affirmée au cours du 19^{ème} siècle, sous influence romantique, entre intérêts privés et droits du public, suivant des thèses tantôt privatistes, tantôt humanistes et sociales, penchant toujours un peu plus vers un droit personnaliste mais conférant parallèlement à l'auteur une mission d'intérêt général.

Le mouvement littéraire romantique s'est souvent sinon toujours accompagné d'un engagement politique : Chateaubriand, Vigny, Lamartine, Hugo. Les nombreux débats publics de ceux-ci, concernés ô combien par la question de la propriété littéraire, sont souvent retranscrits et à notre disposition.

3. Victor HUGO, simplement en toute splendeur, professait dans un discours d'ouverture du Congrès littéraire international le 17 juin 1878 :

« Ce n'est pas pour un intérêt personnel que vous êtes réunis ici ; c'est pour l'intérêt universel. Qu'est-ce que la littérature ? C'est la mise en marche de l'esprit humain. Qu'est-ce que la civilisation ? C'est la perpétuelle découverte que fait à chaque pas l'esprit humain en marche ; de là le mot Progrès. On peut dire que littérature et civilisation sont identiques.

Les peuples se mesurent à leur littérature. Une armée de deux millions d'homme passe, une Iliade reste (...) A de certains moments, le France se résume dans un génie, et le resplendissement de Paris se confond avec la clarté de Voltaire. (...)

*La propriété littéraire est d'utilité générale. Toutes les vieilles législation monarchiques ont nié et nient encore la propriété littéraire. Dans quel but ? Dans un but d'asservissement. L'écrivain propriétaire, c'est l'écrivain libre. Lui ôter la propriété, c'est lui ôter l'indépendance. On l'espère du moins. De là ce sophisme singulier, qui serait puéril s'il n'était pas perfide : la pensée appartient à tous, donc elle ne peut pas être propriété, donc la propriété littéraire n'existe pas. Confusion étrange, d'abord de la faculté de penser, qui est générale, avec la pensée, qui est individuelle ; la pensée, c'est le moi ; ensuite, confusion de la pensée, chose abstraite, avec le livre, chose matérielle. La pensée de l'écrivain, en tant que pensée, échappe à toute main qui voudrait la saisir ; elle s'envole d'âme en âme ; elle a ce don et cette force, *virum volitare per ora* (NdE : Voler de bouche en bouche, Virgile, Géorgiques, III, 9) ; mais le livre est distinct de la pensée ; comme livre, il est saisissable, tellement saisissable qu'il est quelquefois saisi. Le livre produit de l'imprimerie, appartient à l'industrie et détermine, sous toutes ses formes, un vaste mouvement commercial ; il se vend et s'achète ; il est une propriété, valeur créée et non acquise, richesse ajoutée par l'écrivain à la richesse nationale, et certes à tous les points de vue, la plus incontestable des propriétés (...)* »

Dans son envol, et malgré la distinction très nette marquée par Victor HUGO entre la propriété littéraire et la propriété matérielle du livre (saisissable), il semble qu'à ce moment de son discours l'orateur confonde un peu les deux. Mais il ajoute :

« Messieurs, rentrons dans le principe : le respect de la propriété. Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons le. Que la loi donne à tous les éditeurs le droit de publier tous les livres après la mort des auteurs, à la seule condition de payer aux héritiers directs une redevance très faible (...) »

Le principe est double, ne l'oublions pas. Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient – le mot n'est pas trop vaste – au genre humain. Toutes les intelligences y ont droit. Si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait certes, le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous. »

Séance du 21 juin – Présidence de Victor HUGO :

« Tout à l'heure nous allons aborder la question d'un tiers, l'héritier. Quant à moi, je n'hésite pas à dire que le droit le plus absolu, le plus complet, appartient à ces deux unités : l'auteur qui est la première unité, la société qui est la seconde (...) »

Avant la publication, l'auteur a un droit incontestable et illimité. Supposez un homme comme Dante, Molière, Shakespeare. Supposez le au moment où il vient de terminer une grande œuvre. Son manuscrit est là, devant lui, supposez qu'il ait la fantaisie de le jeter au feu, personne ne peut l'en empêcher (...) Mais dès lors que l'œuvre est publiée l'auteur n'en est plus le maître. C'est alors l'autre personnage qui s'en empare, appelez le du nom que vous voudrez : esprit humain, domaine public, société. C'est ce personnage là qui dit : Je suis là, je prends cette œuvre, je fais ce que je crois devoir en faire, moi esprit humain, je la possède, elle à moi désormais. (...) l'œuvre n'appartient plus à l'auteur lui même, il n'en peut désormais rien retrancher ; ou bien, à sa mort, tout repaît. Sa volonté n'y peut rien (...) »

Notons que comme chez DIDEROT, mais avec en plus la revendication d'affecter l'œuvre à l'intérêt général, la publication de l'œuvre scelle, fige et garantit son intégrité, due au public et ensuite à son auteur.

Séance du 25 juin 1778 – Présidence de Victor HUGO :

« (...) Vous savez, messieurs, que la propriété, toute sacrée qu'elle est, admet cependant des limites. Je vous dis une chose élémentaire en vous disant : on ne possède pas une maison comme on possède une mine, une forêt comme un littoral, un cours d'eau comme un champ. La propriété, il y a des jurisconsultes qui m'entendent, est limitée selon que l'objet appartient dans une mesure plus ou moins grande à l'intérêt général. La propriété littéraire appartient plus que toute autre à l'intérêt général, elle doit subir aussi des limites »

4. Ce Congrès est à l'origine de l'Association Littéraire et Artistique Internationale fondée le 28 juin 1878 et qui organisa à BERNE en 1883 une réunion d'écrivains, d'artistes et éditeurs à l'origine de la convention de BERNE du 9 septembre 1886.

L'admirable philanthropie du grand homme donne les clés des principes à l'origine de notre droit de la propriété littéraire :

- La liberté et le droit absolu de l'auteur sur son œuvre au cours du processus de création et jusqu'à sa divulgation ;
- Le droit perpétuel de l'auteur d'exploiter librement son œuvre et d'en percevoir les fruits. HUGO aurait voulu que ce droit soit transmissible dans une moindre mesure aux héritiers pour un temps très court afin qu'il ne contrarie pas le droit supérieur du public ; l'histoire postérieure du droit le contrarie.
- Le droit d'accès du public à l'œuvre : une fois qu'elle est divulguée, l'œuvre est affectée au public.

HUGO, aux termes de ses discours, ne résout pas directement la question de la conciliation d'une gestion patrimoniale des œuvres avec le droit d'accès du public. La solution est néanmoins transparente : une fois l'œuvre divulguée, l'auteur assume la gestion de l'intérêt général en même temps, de la même façon, qu'il organise la gestion patrimoniale.

5. Ce n'est pas un hasard, à la même époque se fondent la jurisprudence et la doctrine du service public. L'arrêt BLANCO (Tribunal des Conflits 08/02/1873) attribue à la juridiction administrative (écrite et assez littéraire) le contentieux de la responsabilité de l'Etat alors même qu'il s'agissait en l'espèce d'un service public géré par une personne privée.

S'agissant d'une créance délictuelle, la responsabilité de l'Etat « *n'est ni générale, ni absolue* » dit le Tribunal des conflits en 1873, « *elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* ».

Le droit d'auteur ne constitue pas une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée dit la Cour de cassation dans un arrêt du 25 juillet 1887 (Chambre des requêtes, 25/07/1887- Grus c/ Ricordi) :

« *Attendu que les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridiques sous le nom de propriété ; que loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens, meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire (...)* »- (Rappelé par Jean ZAY dans les remarquables motifs d'un projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition venu en séance de la Chambre le 13 août 1936. (JO Doc AN 1134 - Séance du 13/08/1936- page 1706 - Cf également Bernard EDELMAN - J-CI Propriété littéraire et artistique fasc. 1112 n° 19 et suivants, citant MORILLOT)

L'influence et les ressources du droit public sont souvent ignorées en droit de la propriété littéraire.

Le service public est pourtant classiquement défini comme une activité assumée par la collectivité publique, directement ou par une personne privée déléguée, en vue de donner satisfaction à un intérêt général. (André de Laubadère Traité de droit administratif T1 LGDJ n° 1281)

En matière de propriété littéraire, l'intérêt général est manifeste ; il est cependant poursuivi non seulement par une personne privée mais par une personne physique : sans doute jamais l'on ne vit, en démocratie, d'intérêt général lié, commandé par le libre arbitre d'une personne.

En matière de propriété littéraire, c'est l'auteur seul qui assume sa création, forcément en dehors de toute contrainte de l'Etat, et qui donne ainsi satisfaction à un intérêt général.

L'auteur, personne physique, est protégé comme telle dans sa liberté de création ; et aussi comme personne en charge d'une mission d'intérêt général, libre et indépendante, avec des prérogatives de personne publique.

Tout le reste, ce qui ne ressort pas de la protection des libertés particulières ou de l'intérêt général, ne mérite pas le statut juridique conféré par l'Etat à l'auteur et ne justifie pas, en démocratie, que l'on déroge au droit général des contrats et des biens et aux droits politiques communs.

L'intérêt général de la création littéraire et artistique est fondamentalement lié au génie individuel, au respect du créateur et à l'organisation de la protection de sa création.

6. Aux termes des discours de Victor HUGO et des travaux de l'ALAI, la propriété littéraire est donc déclarée (ou reconnue) d'intérêt général (qui le contesterait) et l'auteur une personne privée en charge de cet intérêt général, percevant en tant que telle une redevance d'exploitation ; mais la diffusion de son œuvre intéresse surtout la collectivité publique, l'Etat.

L'on verra dans une première partie (Titre I - Les fondements et les conditions de l'exception de reproduction réservée à l'usage privé du copiste) que les exceptions au monopole de l'auteur reposent sur la protection d'autres intérêts généraux, l'exception de copie privée ne se justifiant qu'en tant qu'elle permet d'assurer la protection de la liberté de vie privée.

L'on analysera à travers le prisme de l'intérêt général les conditions légales de l'exception de copie privée et l'on constatera la perversion du système original : l'on exploite aujourd'hui normalement les œuvres sur le fondement de l'exception de copie privée prévue par l'article L.122-5-3 du CPI. Nous étudierons dans une deuxième partie (Titre II : la rémunération pour copie privée) la gestion de la

rémunération pour copie privée aux termes de la loi du 3 juillet 1985, la genèse et l'incidence de l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 relative à la copie privée numérique et de la directive CE du 22 mai 2001.

I- L'exception de copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (article L.122-5-3 du CPI)

A- Le fondement de l'exception : la liberté publique de vie privée

7. Dans cette pure tradition romantique et sociale de notre propriété littéraire, le créateur est protégé indépendamment de son objet et de la fixation qui supporte sa création.

Ensuite, la création intellectuelle et personnelle de l'auteur prend les voies médiatiques et les supports nécessaires que celui-ci juge bon pour la fixer, la divulguer, la communiquer.

L'auteur organise seul l'accès du public à son œuvre. L'organisation individuelle de ses intérêts particuliers rencontrent et réalisent l'intérêt général.

Le législateur organise donc la protection de l'auteur et son strict contrôle de la circulation de ses œuvres pour s'assurer que leur diffusion ressortit strictement à la volonté de l'auteur.

La diffusion et l'exploitation de l'œuvre affectent son essence même, la création de l'auteur. Comme le constatait DIDEROT, l'exploitation multipliée de l'œuvre expose l'auteur à la contrefaçon. Plus l'œuvre circule, plus elle est marchande, plus elle risque d'être dénaturée et plus le contrôle de l'auteur sur son exploitation est nécessaire. DIDEROT préconisait un monopole d'exploitation exclusif. HUGO ne préconise rien mais fige l'œuvre en l'état de sa divulgation et garantit dès lors un droit d'accès du public à cette œuvre ainsi divulguée.

C'est parce que le public bénéficie d'un droit d'accès à l'œuvre achevée que l'auteur doit rester attaché, lié à l'exploitation patrimoniale, par l'agrément qu'il donne à chacun de ses modes et par la perception d'une redevance proportionnelle. Seul l'auteur peut mesurer le rapport qu'il convient de donner entre sa création intellectuelle et ses fixations matérielles et leurs modes de diffusion.

Dès lors que l'œuvre deviendrait un simple bien marchand qui n'intéresserait plus la collectivité on ne comprendrait pas que l'auteur, commerçant de droit commun, exploite une telle protection du législateur.

L'on sait pertinemment que la frontière entre le droit moral et les droits d'exploitation est un modèle théorique pas très pertinent : où finit le droit d'adaptation, monnayable pendant un temps, où commence la dénaturation contre le droit perpétuel et inaliénable de l'auteur.

Alors le législateur va poursuivre deux objectifs :

- 1- restreindre la circulation de l'œuvre au strict ressort de la volonté de son auteur, non pas tant pour en diminuer la circulation, que pour en garantir l'intégrité et favoriser la création ;
- 2- Faciliter l'accès du public à l'œuvre.

Et le législateur va mettre en œuvre une cession limitée, d'interprétation étroite (Cf. L.131-3 du CPI qui subordonne « *la transmission des droits de l'auteur à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ...* ») et formaliste (article L.132-7 du CPI qui prévoit quant à l'exploitation des droits par l'éditeur que le consentement personnel et par

écrit de l'auteur est obligatoire) des droits d'exploitation de l'auteur, sans préjudice de ses droits moraux (divulgateur, paternité, repentir, intégrité), imprescriptibles et inaliénables.

L'œuvre, achevée ou non, demeure une émanation de l'auteur, consubstantiellement liée à celui-ci.

L'auteur perçoit une rétribution proportionnelle à l'exploitation de son œuvre, non pas afin de l'associer étroitement aux recettes, mais pour maintenir l'organisation de l'accès du public, sous son contrôle, dans son ressort exclusif et constant.

Il s'agit de ne pas risquer de transformer l'œuvre en objet matériel, susceptible d'une exploitation débridée : les droits d'exploitation de l'auteur – comme évidemment ses droits moraux – orientent et appuient l'œuvre, comme la dérive d'un voilier l'appuie dans sa navigation.

8. L'œuvre circulante, à l'appui des droits d'exploitation et des droits moraux, évolue dans le public confrontée à d'autres intérêts collectifs légitimement protégés, au premier rang desquels les libertés fondamentales : liberté individuelle, information, éducation, bon fonctionnement de nos institutions démocratiques.

Ainsi :

- Lorsque l'œuvre rencontre au hasard de sa circulation publique les droits à l'information et à l'éducation, le législateur prévoit que l'auteur ne peut interdire, par exception, ni (sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source) les revues de presse (article L.122.5.3° b du CPI), ni les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées. (article L.122.5.3° a).

- Lorsque l'œuvre circulante pourrait heurter le meilleur fonctionnement de nos institutions politiques et démocratiques, le législateur prévoit que l'auteur ne peut interdire, par exception, sa diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information, d'actualité, de discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles (L122-5.3° c)

- Lorsque l'œuvre circulante rencontre la liberté de vie privée, le législateur prévoit que l'auteur ne peut interdire :

1- les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

2- les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (« à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre a été créée et des copies de sauvegarde d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans des conditions prévues au II de l'article L.122-6-1 ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique » – Article L.122-5-2 CPI)

Les exceptions au monopole de l'auteur sont autant d'illustration de la vocation de l'exploitation de l'œuvre à l'intérêt général.

9. Quelle liberté de vie privée ?

Pour une partie de la doctrine, la copie privée est inévitable ; c'est un moindre mal. « *Quel que soit le système juridique, il n'a jamais été sérieusement envisagé d'étendre les limites du monopole à l'intérieur de la sphère privée, ne serait-ce que parce qu'il n'est guère possible de faire autrement. Il faut voir là, avec DESBOIS, une véritable « exemption ».* » (A. et H.J. LUCAS Traité de la Propriété littéraire et artistique, n° 279 – LITEC 1994)

Le droit des libertés publiques nous permet d'envisager un fondement plus optimiste, moins fataliste de l'exception de copie privée :

D'abord les lieux privés comportent toujours des enclaves de tiers prestataires (téléphone, électricité, chaînes de télévision ..) qui organisent la gestion et le contrôle de leurs services, à l'intérieur du domicile privé. L'impossibilité relevée par la doctrine pour justifier l'exception est donc très relative.

Ensuite, s'il n'est pas certain comme le souhaitait HUGO que chaque individu qui compose le public soit créancier d'un droit d'accès à l'œuvre dès qu'elle est divulguée, il jouit en tout cas d'un droit d'utilisation privée dès que l'œuvre est acquise - par métonymie s'entend.

Le libre arbitre irréductible de chaque individu ne permet pas de contrôler les utilisations personnelles et privées de chacun : parmi ces utilisations, la copie de l'œuvre, à toutes fins qui resteront entre l'individu et lui même. Mais dès que la copie sort de ce champ réflexif de l'individu, elle ne se justifie plus en fonction de son libre arbitre ; au contraire elle porte atteinte à des droits de propriété intellectuelle, sans qu'il faille distinguer entre droits moraux et patrimoniaux, puisque cette division théorique n'a d'utilité et de sens qu'en tant qu'elle permet de distinguer entre la sphère aliénable de l'œuvre et celle qui doit, en bon ordre public, doit demeurer à l'auteur.

Jean RIVERO – Manuel de Libertés Publiques – PUF – T1 – 4è éd. p.31) classant les libertés publiques en fonction de leur objet (expression, circulation ..) ou leur mode d'exercice (libertés individuelles, collectives ..) distingue et présente ainsi les « Protections générales des libertés particulières » :

« On peut regrouper sous ce titre, deux libertés qui se distinguent des autres en ce qu'elles protègent indifféremment les divers aspects de l'activité humaine, assurant ainsi la défense avancée tant des libertés de la personne physique que des libertés de la pensée : la sûreté, ou liberté individuelle, d'une part, la liberté de toutes les activités qui relèvent de la vie privée, d'autre part. »

Après avoir défini la sûreté comme la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir, Jean RIVERO définit ainsi la liberté de vie privée :

« Le droit, de longue date, reconnaît à l'individu une certaine sphère d'activité dont il est libre de refuser l'accès à autrui : c'est sa vie privée. A cette idée se rattachent, traditionnellement, la protection du domicile, qui est par excellence, le siège de la vie privée, le secret de la correspondance et des conversations téléphoniques, le secret professionnel imposé à ceux que leurs fonctions appellent à pénétrer dans la vie privée des autres. (RIVERO op cit p.33) »

La liberté de vie privée n'est pas une créance reconnue à chaque individu sur l'Etat, tels les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » définis aux termes du préambule de la constitution du 27 octobre 1946.

Si, aux termes de ce préambule, « la nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. », l'exception de copie privée ne se fonde pas sur une créance de culture ou d'information de l'individu sur la société, mais sur une liberté publique de première génération, une exception de l'homme, reconnue et déclarée, (Article 1^{er} de la Déclaration des droits du 26 août 1789, articles 1^{er} et 3 de la Déclaration Universelle du 10 décembre 1948, préambule et article 5 CESDH du 4 novembre 1950) que l'individu peut toujours opposer à la société.

La liberté fondamentale de vie privée est absolue ; mais aussi très définie et circonscrite aux concessions nécessaires de la collectivité publique pour le respect de l'individu dans un Etat démocratique : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (article 4 DDHC du 26 août 1789) ; « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui (..) »

C'est en ce sens, et en ce sens seulement que le droit des libertés fondamentales, et les références aux déclarations de droits s'intègrent naturellement au droit d'auteur et balancent son monopole : il s'agit de concilier deux libertés fondamentales : celle du créateur d'abord, protégé comme créateur dans sa personne/œuvre par exception (exception fondée sur la liberté de création) ; celle de la personne privée utilisatrice ensuite, protégée par exception (exception fondée sur la liberté de vie privée, dès lors que l'individu a pu avoir légitimement accès à l'œuvre divulguée).

Par contre, une personne privée ne devrait pas pouvoir déroger au monopole de l'auteur pour l'usage privé de son œuvre sur le fondement de libertés-créances, tel le droit à l'information (une œuvre n'est pas une information), ou le droit à la culture : l'œuvre n'est affectée au public, que dès lors que l'auteur le décide et comme il le décide : l'auteur est protégé non seulement comme une personne privée, mais il jouit aussi de prérogatives publiques, l'organisation de l'accès à son œuvre, dans l'intérêt général.

La doctrine a critiqué l'allégation de droits de l'homme sur le fondement de déclaration reconnaissant des créances aux individus et au public, tel le droit à l'information, pour justifier des dérogations au monopole des auteurs. (TGI PARIS, 23/02/99 Com. com. élec. nov. 1999, comm. n°30 ; B.Edelman : Du mauvais usage des droits de l'homme – D.2000 chron. p.445 ; Ch. Caron, la CEDDH et la communication des oeuvres au public : une menace pour le droit d'auteur? Com. com. électr. oct. 1999, chron. n°1).

Si, par exception de l'homme, la liberté de vie privée arrête le monopole de l'auteur, la même exception de l'homme, l'auteur, arrête les droits collectifs à l'information, à l'éducation ou à la culture.

L'œuvre circulante dans le public, gouvernée par la personne et de son auteur, doit contourner l'ilot de la vie privée des individus, pièce essentielle de nos civilisations démocratiques.

Hors de ce strict ressort privé, à l'intérieur duquel chaque individu qui compose le public est relativement souverain et irresponsable, l'individu recouvre l'ensemble de ses sujétions juridiques et politiques.

Or, l'on assiste à une double perversion qui compromet le modèle théorique et notre droit de la propriété littéraire : un culte du veau d'or se substitue à la création ; les cellules privées de l'individu se multiplient.

B- Le délitement des fondements de l'exception

Un nouveau culte du veau d'or substitué à la création

10. Nous n'avons pas à juger ici du phénomène de consommation de masse des œuvres littéraires artistiques et musicales. Nous mesurons bien que l'exercice est toujours un peu vain et trivial (selon le constat et l'expression de Pierre Yves GAUTIER op cit n° 121) de s'affliger d'une dégradation des mœurs du public : l'art a toujours eu un rapport ambigu avec le public, entre œuvres créées aussi pour plaire, farces, mélodrames ou chansons, – ce sont autant de genres qui ont leurs maîtres géniaux (Citons très arbitrairement Rabelais, Goldoni, Molière, Shakespeare, Mozart, Dumas ...), œuvres de commande et œuvres moins « interactives », plus introverties, où le créateur ne considère un public qu'éventuellement. (Dante, Mallarmé, Xénakis ...)

La création littéraire et artistique procède en tout état de cause, pensons nous, d'un échange entre deux essences (réelles ou imaginaires) celle de l'auteur et celle du monde. Le public en fait naturellement partie. Joseph CONRAD dans la Préface de son roman Le Nègre du Narcisse développe cette thèse : (..) « *L'artiste fait appel à cette part de notre être qui ne dépend pas de la sagesse, à ce qui, en nous, est un don et non un gain – et qui par conséquent, dure plus longtemps. Il s'adresse à notre capacité de ravissement et d'émerveillement, à l'impression de mystère qui entoure nos vies, à notre sens de la pitié, de la beauté et de la douleur, au sentiment latent de notre communion avec la création toute entière – et à cette subtile mais invincible croyance en une solidarité qui tisse ensemble les solitudes de cœurs innombrables : la solidarité de rêves, de joie, de chagrin, d'aspiration, de peur, qui lie les hommes entre eux, qui lie toute l'humanité – les morts et les vivants à ceux qui ne sont pas encore nés (..) »*

L'économie actuelle contredit les prémices fondatrices de notre droit de la propriété intellectuelle : ce n'est plus l'auteur libre et indépendant qui édifie le public au moyen de son œuvre selon la tradition

romantique mais c'est le public qui commande à la star auteur, comme à une personne habile à faire des œuvres.

Statistiquement, les œuvres littéraires, artistiques et musicales deviennent de plus en plus marchandes, donc circulantes, donc matérielles. (Cf Professeurs LUCAS op. cit. n° 34 « (...) *La culture ne peut aujourd'hui être séparée de l'économie. Dans cette logique d'industrialisation et de marché, le public revient au premier plan, et le mot, même, change insensiblement de signification. Ce n'est plus seulement l'ensemble de personnes qui accèdent à une œuvre. C'est une cible de « populations » qui « consomment » de plus en plus à domicile, des produits culturels. Il en résulte par la force des choses un relâchement du lien entre l'auteur et le (son) public, et plus généralement l'intégration de l'œuvre dans le circuit marchand.* »

L'œuvre dérive et se sépare de la personne de son auteur pour devenir un bien matériel marchand comme dans le système du copyright qui incite et récompense « *l'effort individuel par un gain personnel* » (NAZER v/ STEIN, 347 US 201 – 1954 cité par EDELMAN Jcl Propriété littéraire et artistique fasc. 1112 n° 34)

Consacrant la matérialisation du droit d'auteur, la loi 85-660 du 3 juillet 1985 institue les droits voisins, droits économiques reconnus aux artistes et à ceux qui investissent dans l'exploitation de l'œuvre, les producteurs et les entreprises de communication audiovisuelles.

Laissons dans le cadre de cette étude consacrée à la reproduction pour copie privée l'histoire traditionnelle, ancienne, spécifique et complexe des rapports entre les artistes interprètes ou exécutants, parties-prenante à l'œuvre, et les auteurs ; histoire un peu démêlée au XVIIIème siècle par Beaumarchais et la loi des 13-19 janvier 1791.

Quant aux droits des producteurs de phonogrammes, vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, le législateur de 1985 leur accorde un monopole d'exploitation sur leur fixation matérielle ou leur programme audiovisuel, pour une durée de cinquante années, sauf la licence légale prévue pour les phonogrammes publiés à des fins de commerce dans les conditions de l'article L.214-1 du CPI.

Parallèlement à l'institution de quatre catégories nouvelles d'ayants droit (Artistes – Producteurs de phonogrammes – Producteurs de vidéogrammes – Entreprise de communication audiovisuelle) le législateur de 1985 va instituer la rémunération pour copie privée.

L'œuvre se détache de son créateur, se rapproche de sa fixation, se matérialise, se fige. Alors le support prend de la valeur. Il semble conséquent, selon cette logique nouvelle, de prévoir une rémunération pour autoriser le public à jouir du droit que confère l'article L.122-5 2° du CPI.

L'œuvre fixée, matérialisée, confondue avec son support, dérive : le droit d'auteur demeure plutôt comme un mythe entretenu et exploité par des marchands à destination d'un public iconodule.

La multiplication de cellules privées « cancéreuses » de l'individu

11. Dans un parfait et très légitime rapport dialectique à notre société de l'information, les individus se resserrent sur leur vie privée. La défense de la vie privée doit être farouche. Les menaces sont graves à l'heure de la mise en réseau informatique mondial des données qui permettent d'identifier chaque habitant de la planète. Cependant à une époque d'éthiques éthiques, tout engouement fût-il légitime, pertinent, loyal, sincère, devient un objet de spéculation, sujet à corruption.

Le droit à l'information est communément allégué pour justifier des atteintes à la vie privée des personnes ou au droit d'auteur ; la liberté de vie privée est communément alléguée pour justifier des atteintes au monopole des auteurs ...

L'on a tenté de théoriser que les « pages personnelles » réalisées et publiées par un individu ou un groupe d'individus sur l'Internet constituaient un domicile privé virtuel.

L'exception de reproduction aux fins de copie privée prévue par l'article L.122-5-2 du CPI était revendiquée sur le fondement de ce domicile privé virtuel, alors même que ses « occupants » diffusaient sur le Web d'Internet les œuvres ainsi reproduites.

Dans cette affaire qui a donné lieu à une ordonnance de référé du TGI de PARIS du 14/08/96 très commentée (TGI PARIS 14 août 1996 – Sardou – D.96 note GAUTIER) des étudiants avaient donc reproduit des textes de chansons sur leurs pages personnelles mise à disposition par le serveur de l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (E.N.S.T). L'on a donc plaidé en défense, selon les motifs de l'ordonnance, que l'étudiant en cause n'avait jamais eu l'intention de diffuser les reproductions litigieuses auprès d'un public « *puisque'il s'est contenté de stocker les compositions musicales, sous forme numérique, au niveau de son « domicile privé » pour son usage ou pour son travail respectant ainsi les prescriptions de l'article L.122-5-2 du CPI.* »

Le juge a reconnu le mérite de l'originalité à la thèse du domicile virtuel, la renvoyant à un débat au fond, et a constaté « *qu'en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter leurs pages privées et d'en prendre éventuellement copie, et quand bien même la vocation d'Internet serait-elle d'assurer une telle transparence et une telle convivialité, François-Xavier B et Guillaume V favorisent l'utilisation collective de leur reproduction.* »

La mise en ligne, fût-elle discrète et sans publicité, d'œuvres protégées, ne ressortit pas à l'usage privé, exclusif de toute utilisation collective, qui cantonne l'exception de copie privée prévue par le législateur.

L'exception de reproduction pour un usage privé n'est pas circonscrite à un ressort spatial, le domicile familial, comme c'est le cas pour l'exception de représentation gratuite dans le cadre du cercle de famille. Le critère qui qualifie l'exception n'est pas le lieu. Peu importe le lieu de la reproduction en fait pourvu que la destination de la copie privée, exclusive de tout autre intérêt du copiste et a fortiori de tiers, soit son usage privé, en dehors de toute utilisation collective.

Tout au contraire de la thèse du domicile privé virtuel, le Web, c'est à dire l'espace audiovisuel et multimédia du réseau Internet, est constitué d'émissions publiques, fussent-elles des pages personnelles, qui sont une enclave de l'espace public au sein du domicile privé. C'est l'effet de l'Interactivité. Une émission audiovisuelle est par définition une émission publique. La télévision non interactive ne pose pas la question de la responsabilité du public à son domicile privé. Muet, il n'émet pas.

Par contre, nul ne peut contester que des propos injurieux ou portant atteinte à l'honneur d'une personne tenus par un individu à son domicile privé, mais diffusés dans le cadre d'une émission de radio publique « interactive », constitueraient une diffamation publique.

Le domicile privé peut donc supporter, selon le choix de ses habitants, des enclaves audiovisuelles interactives, qui les soustraient dès lors à la protection de la vie privée et les assujettissent aux règles communes de comportement en public.

De la même façon, une chambre d'hôtel, bien qu'occupée à titre privé, constitue avec les autres chambres du même hôtel un public et la mise à disposition de programmes de télévision par cet hôtel dans chacun de ces lieux privés constitue une représentation publique. (Civ.I, D.450, note GAUTIER) – Paris 20/09/95 – GP 09/02/96, concl. Gizardin).

Le lieu privé ne fait ni l'usage privé ni la communication privée.

C- Conditions légales de la reproduction à usage privé : la destination exclusivement personnelle et privée du copiste – La dérive de la copie privée vers l'édition privée

12. L'article L.122-5-2° du CPI permet « *les copies et reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* »

Conformément à l'adage « *exceptio est strictissimae interpretationis* » l'exception de copie privée est d'interprétation étroite.

Le monopole des auteurs sur le droit d'autoriser l'exploitation de leurs oeuvres constitue le principe fondamental de l'Union de Berne.

Aux termes de l'article 9 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886, Acte de Paris du 24 juillet 1971 :

« Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Tout enregistrement sonore ou visuel est considéré comme une reproduction au sens de la présente convention. »

Pour la majorité des auteurs, l'exigence dans le texte de l'article L.122-5-3 du CPI d'un usage privé non destiné à une utilisation collective reste sibyllin : « *redondance apparente* » pour les professeurs LUCAS qui citent DESBOIS suggérant que « *le législateur a craint que l'usage privé ne soit étendu aux reproductions réalisées pour le compte des membres d'une association, d'un cercle, recrutés nominativement* » (LUCAS op. cit. n°292)

La lettre des mots commande le sens : l'utilisation privée d'un copiste n'exclut pas forcément une utilisation collective. Ainsi l'exception prévue en matière de représentations privées (L.122-5-1 du CPI) est-elle circonscrite à un cercle privé et collectif : la famille.

L'on confond souvent si ce n'est systématiquement les ressorts des exceptions de représentations privées (le cercle de famille) et des reproductions à usage privé du copiste (ressort défini en fonction de la destination).

Or, le copiste est supposé détenir légitimement un original ou accéder légitimement à un programme de diffusion. La détention légitime de l'original comme l'accès au programme de diffusion lui permettent de représenter gratuitement les œuvres reproduites ou diffusées dans le cadre du cercle de famille (L.122-5-1 du CPI). Il n'est donc d'aucune nécessité que la copie permette, aussi à son tour, une diffusion publique, même restreinte au cadre de famille ; ou l'on concède alors au copiste une faculté d'édition privée. Car dès lors que la copie est diffusée à un public, même restreint, il s'agit bien d'édition.

Le respect de la vie privée des individus suppose t-il que l'on doive autoriser l'édition privée, circonscrite au cadre du cercle de famille ?

La protection du libre arbitre de l'individu suppose qu'il demeure immune, dans un cercle réflexif, entre lui et lui, mais en aucun cas dans un cercle de plusieurs personnes et lorsqu'il s'agit de droits de mettre en scène une œuvre/personne : l'utilisateur privé recouvre alors une responsabilité de droit commun.

Pour reprendre l'expression des professeurs LUCAS « *peut-on faire autrement* » que de concéder l'édition privée face au mur de la personne privée ?

Le texte de l'article L.122-5-2 du CPI ne précise pas le ressort de la reproduction à usage privé.

La doctrine considère généralement que le texte de l'article L.122-5-2 du CPI pêche dans sa rédaction (LUCAS n° 281 op. cit.) et que la notion de copiste est dépassée.

Peu importe le lieu de la reproduction en fait pourvu que sa destination, exclusive de tout autre intérêt du copiste et a fortiori de tiers, soit à l'usage privé du copiste, en dehors de toute utilisation collective

La fin du copiste, son usage privé à l'exclusion de toute utilisation collective, détermine le lieu. La reproduction pour usage privé prévue par l'article L.122-5-2 du CPI, vaut éventuellement pour un usage professionnel pourvu qu'il ne soit pas collectif et bien que la jurisprudence ne soit pas unanime (contra : Civ. 1^{ère} 20/01/69 – GP 69 1.217 - En faveur de la thèse de l'usage privé professionnel : LUCAS op. cit. n° 291) ; la reproduction à usage privé pourrait alors intervenir en dehors du domicile privé et s'effectuer sur un lieu de travail. (TGI Paris 3^{ème} ch. 28/01/74 – D.74, p.337)

Quant à l'exception de reproduction à usage privé du copiste, c'est entre lui et lui, pourvu que ça ne sorte pas de ce cercle réflexif. Ainsi considérée la fin du copiste peut être strictement privée (collections quelconques) ou professionnelle (copie de telle partition pour la pratique instrumentale de tel soliste).

Les prestataires de service de reprographie ou de reproduction

13. Le critère de la destination exclusive – reproduction à usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective – commande également la solution des reproductions effectuées chez des prestataires commerçants (Aff. Ranougraphie : Civ. I. 07/03/84 – RIDA Juill.1984 - Aff. Laser Storage : CA GRENOBLE – 18/01/01 – Pascal D c/ SDRM et autres - Expertises n°248 – Note V. BEAUJARD)

L'on distinguait, notamment depuis l'affaire des copies réalisées par les services du CNRS pour ses chercheurs (TGI PARIS – 3^{ème} ch., 28/01/74, D.1974, p.337) le copiste intellectuel et le copiste matériel. Le CNRS avait été assigné par des éditeurs en raison des nombreuses copies distribuées à ses chercheurs. Le Tribunal avait considéré que les copistes au sens de l'article L.122-5-2 du CPI étaient les chercheurs qui commandaient les copies et non le CNRS qui les réalisait. La doctrine avait critiqué la conception « intellectuelle » du copiste.

Dans les affaires RANOUGRAPHIE et LASER STORAGE précitées, la jurisprudence revient à une conception matérielle du copiste. Aux termes de l'arrêt précité du 07/03/84 de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation « *le copiste, au sens de l'article 41-2° de la loi du 11 mars 1957, est celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients.* »

Là encore, la destination exclusive de la copie, l'usage personnel et privé, commande la solution :

- dès lors qu'un autre intérêt que celui du détenteur de l'original est attaché à la réalisation de la copie, fût-il accessoire ou indirect – intérêt commercial pour RANOUGRAPHIE et LASER STORAGE – l'exception prévue par l'article L.122-5-2 du CPI ne joue plus.

Les officines de reprographie ou de duplication de CD apparaissent évidemment comme intéressées à la copie et donc, en tant que telles, copistes au sens de l'article L.122-5-2 du CPI.

Peu importe que ces officines exécutent elles-mêmes la copie, comme dans le cas de LASER STORAGE, ou fournissent simplement le matériel qui permet de commettre la reproduction, comme dans l'affaire RANOUGRAPHIE.

Le Tribunal correctionnel de VALENCE statuant en première instance dans l'affaire LASER STORAGE (TGI Valence – 02/07/99 - Expertises n° 231) avait retenu la responsabilité du gérant pour l'organisation de la contrefaçon dès lors qu'il mettait à la disposition du public le matériel et l'installation permettant la reproduction massive, par lui même ou en libre service, d'œuvres musicale ou de logiciels.

La duplication réalisée accessoirement à d'autres fins que des fins personnelles et privées doit suffire à qualifier la contrefaçon du prestataire de service « *en tant que copiste et comme reproducteur pour le compte d'autrui et comme éditeur* » selon les termes Cour d'appel de GRENOBLE dans l'arrêt précité du 18 janvier 2001.

Le commentateur à la revue Expertise de la décision du 18 janvier 2001 précitée pose la question d'une contrefaçon « extensive », conçue économiquement et non plus matériellement.

Le commentateur écrit : « *(..) Dès lors que la copie est effectuée par le client seul, en dehors de toute intervention de la société, il paraît difficile de mettre en cause cette dernière, sauf à établir une complicité par fourniture de moyens, supposant que le complice a fourni le matériel à l'auteur en vue de réaliser l'infraction. Pour cela, il conviendrait de juger que la mise en place de toute entreprise de copie a pour objectif de permettre des actes de contrefaçon, ce qui reviendrait à condamner du même coup l'industrie des graveurs de CD, et la vente de supports vierges ...* »

Cette objection à la responsabilité des entreprises de reproduction en libre service nous paraît contestable :

L'exception puis la rémunération de copie privée ont été instituées parce qu'une faculté individuelle, servie ensuite par des moyens techniques, ont permis de réaliser et de développer de telles copies. Le législateur a pris acte de l'état des techniques et de l'économie essayant d'arbitrer avec le droit de la propriété littéraire et artistique. L'industrie a pu ensuite s'organiser pour développer sur son mode ce

que le législateur autorisait : fabrication d'appareil de reproduction, fabrication de supports vierges pour l'enregistrement. Une telle industrie procure largement au copiste les moyens de réaliser la faculté de copie privée offerte par la loi et selon la loi : la réalisation par le copiste d'une copie à destination personnelle.

Les officines de reproduction ne fournissent pas du matériel mais un service, une prestation intellectuelle : elles commettent alors une édition et une reproduction illicites dès lors que, comme c'est l'obligation pour tout prestataire professionnel, elles ne contrôlent pas la disponibilité du droit de reproduction mis en œuvre par leur clientèle.

Toute entreprise de reproduction n'est pas illicite, au contraire, la fraude ne se présume pas. Mais la contrefaçon se présume dès lors que l'élément matériel est réalisé avec le propre matériel et à l'endroit de l'officine de reproduction.

Ainsi l'exception de copie privée suppose une destination exclusivement privée et personnelle du possesseur légitime de l'original à l'exclusion de la poursuite directe ou indirecte d'autres services par un tiers lors de la réalisation de la copie.

Le texte actuel gagnerait à le préciser et couperait court aux offres de services intempestives de prestataires aventurés.

La destination exclusivement privée et personnelle du détenteur légitime de l'original circonscrit le cadre de l'exception de copie privée et permet de concevoir d'autres lieux de copie que le domicile privé.

La question de l'original : possession légitime en propriété d'une reproduction de l'œuvre ou enregistrement d'une émission diffusée

14. En l'état littéral du texte de l'article L.122-5-2, le bootleg (copie pirate réalisée lors d'un concert public) à usage privé est possible. Rien dans le texte de l'article L.122-5-2 du CPI ne circonscrit la copie privée à la possession légitime d'un support matériel de l'œuvre ou à un enregistrement au domicile familial d'une œuvre radiodiffusée.

L'on sait que lorsque le phonogramme a été publié à des fins de commerce l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

- 1- à sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ;
- 2- A sa radiodiffusion, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion.

Par contre, les auteurs et les producteurs de vidéogrammes conservent leurs droits exclusifs.

Ainsi, les droits d'exploitation du producteur de phonogramme et l'artiste sont soumis à la double contrainte de la rémunération équitable et de la copie privée.

La reproduction personnelle et privée peut aisément intervenir lors de la diffusion publique de telle émission radio ou télédiffusée.

Il convient alors de distinguer :

- les reproductions à usage personnel et privé réalisées à partir d'une matrice matérielle acquise en propriété par le copiste ;
- les reproductions à usage personnel et privé réalisées à partir d'une représentation publique.

Alors, il ne s'agit pas tant de réaliser une copie pour une quelconque fin particulière du copiste que de réaliser ce que le droit anglo-saxon qualifie de « time shifting » - diffusion différée (Cf également directive CE du 22/05/01 article 35 des considérants). Il s'agit très simplement d'enregistrer une œuvre diffusée à un instant donné pour la représenter au moment que l'on souhaite dans le cercle de

famille, comme ça aurait été le cas si le cercle de famille avait été réuni au moment où l'œuvre a été diffusée par la chaîne.

De telles copies qui réalisent surtout des représentations différées et bien qu'elles procèdent de reproductions privées ne doivent pas être circonscrites à l'usage personnel et privé du copiste mais à un usage privé et familial, comme en matière de représentation.

L'assimilation des deux types de copies privées, selon que l'original est un support matériel ou une émission publique, explique la confusion de l'exception de représentation privée et gratuite dans le cercle de famille (L.122-5-1 du CPI) avec l'exception de reproduction à usage privé (L.122-5-2 du CPI).

Naturellement, l'enregistrement d'une œuvre diffusée permet plus que la représentation en diffusion différée : un tel enregistrement permet d'effectuer autant de représentation que l'on souhaite aux moments où l'on souhaite. Mais alors les représentations restent circonscrites au cercle de famille, ainsi qu'il est loisible à tout détenteur d'un support original.

La copie privée à partir d'une diffusion publique doit ainsi permettre au copiste de jouir des mêmes droits que le possesseur d'un support de fixation (CD, vidéo ..) notamment l'exception de représentation privée et gratuite dans un cercle de famille ; l'enjeu économique pour les ayants droit réside dans la question de leur droit exclusif sur la représentation publique de leurs œuvres et fixations, notamment dans la solution des points chatouilleux de la rémunération équitable de l'article L.214-1 du CPI.

Quant à la copie privée à partir d'une matrice légitimement acquise, celle-ci autorisant déjà les représentations privées et gratuites dans le cadre du cercle de famille, la copie doit être réservée à l'usage personnel et privé du copiste.